

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

**Le criminel dangereux dans l'ancien droit pénal français.
Comité international ds pénalistes francophones**

Nélidoff Philippe

Professeur d'Histoire du droit et des institutions à Toulouse 1

Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le criminel dangereux dans l'ancien droit pénal français

Ce cinquième Congrès international des pénalistes francophones qui nous réunit dans votre belle et prestigieuse Université de Poznan est l'occasion pour moi de renouer avec des recherches entreprises dès avant ma thèse dans le domaine de l'histoire du droit pénal et de la pensée pénale avant la Révolution française¹. Je suis donc heureux de reprendre ses anciennes recherches et honoré de rejoindre le groupe très uni des pénalistes francophones dont je salue le désir d'ouverture à la dimension historique.

Le sujet que j'ai proposé, il y a quelques semaines, à notre ami, le Pr Piotr Stepniak, autour d'une approche historique de la notion de criminel dangereux dans l'ancien droit français s'est avéré rapidement quelque peu téméraire. En effet, l'ancien droit pénal français, celui des ordonnances, des traités des anciens juristes et de la pratique judiciaire s'intéresse essentiellement au crime et non au criminel, même si, contrairement à une première conception matérielle du crime, un certain nombre d'éléments psychologiques ont fait l'objet d'une progressive prise en compte, en raison de l'approche morale des théologiens qui a influencé celle des canonistes².

La première impression générale est donc celle de « la pauvreté de la doctrine pénale (qui) est d'ailleurs significative de l'indifférence des (anciens) juristes au ... au sort individuel des délinquants ³ ». Tout au plus, se réfèrent-ils à la distinction classique entre grand criminel et petit criminel, indiquant qu'au palais, le grand criminel concerne les affaires qui sont instruites à l'extraordinaire et peuvent entraîner des peines afflictives relevant de la chambre criminelle ou tournelle des parlements alors que le petit criminel relève de la chambre des enquêtes, les affaires de moindre importance étant sanctionnées par des amendes et des réparations au profit des victimes⁴.

Toutefois, il faut indiquer que les sources de la philosophie pénale ou de ce qui en tient lieu, car les anciens juristes s'intéressent surtout aux questions de procédure, sont liées aux conceptions religieuses chrétiennes et invitent à un questionnement entre péché et délit, peine et pénitence, pardon et

¹ Philippe NELIDOFF, *La philosophie pénale au XVIIIe siècle*, Sous la direction du Pr Gabriel Roujou de Boubée, Mémoire pour le Diplôme d'Etudes Approfondie en droit pénal et science criminelle, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1986, 69 p.

² Nous avons plaisir à rappeler ici la mémoire et la réflexion de notre ancien professeur de droit pénal et procédure pénale à Toulouse, la professeur Roger MERLE, *La pénitence et la peine, Théologie-Droit canonique-Droit pénal*, Paris, Edition du Cerf, Edition Cujas, Collection Ethique et Société, Essai, 1985.

³ *Ibidem*, p.70.

⁴ Voir en ce sens : Claude-Joseph de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique concernant l'explication des termes de droit, ordonnances, de coutumes et de Pratique avec les juridictions de France*, Paris, Chez Briar et fils, 1740, Tome 1, p. 584 ; Jean-Baptiste DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, première édition 1754-1756), neuvième édition, 1775, Tome 1, p. 585.

réconciliation. D'où une deuxième impression liée à cet arrière-plan plus moral et religieux que l'on aurait tort de négliger et qui est propice à la réflexion.

Entrant plus avant dans une approche historique du sujet, nous laisserons de côté la question de la date de naissance de la criminologie qui a souvent été posée⁵. On peut se référer certainement à une période comprise entre le premier tiers et le dernier quart du XIXe siècle, période qui est celle des premières études à prétention scientifique du côté de la psychiatrie, de la statistique et de la sociologie, avec également des études portant sur les prisons et le système pénitentiaire et surtout, les plus connues, celles de l'Ecole positiviste italienne de la fin du XIXe siècle avec Lombroso⁶, Ferri ou Garofalo. On pourrait également se référer à la création, encore plus tardive, de véritables enseignements de criminologie dans nos différents pays.

Malgré toutes ces difficultés qui sont indéniables, nous pensons qu'il n'est pas inutile de remonter plus haut, l'histoire du droit pénal nous invitant à solliciter une approche classique de la question qui n'ignore pas les anciens juristes. De ce point de vue, il faut centrer l'étude sur le dernier siècle (*lato sensu*) de l'ancien droit pénal entre le règne de Louis XIV et la période qui a immédiatement précédé la Révolution. La référence majeure est ici la grande ordonnance sur la procédure criminelle de 1670. Il convient donc de présenter d'abord les conceptions classiques (I), au plan des principes en les confrontant à leur application concrète, et rappeler ainsi les conceptions admises durant des siècles. Celles-ci seront mises en cause, avec plus ou moins de succès dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, autour des idées de Beccaria qui incarne le courant de la philosophie des Lumières appliquée au droit pénal et à la procédure criminelle (II), période de débats et de confrontation, surtout entre 1748 qui est l'année de *L'Esprit des lois* et les années 1780 qui sont marquées par de grandes réformes royales françaises inspirées par les idées nouvelles.

I-Les idées classiques :

Pour avoir une idée des conceptions classiques, il faut interroger les sources juridiques du XVIIIe siècle. On peut consulter en particulier le *Traité des matières criminelles* de Rousseaud de La Combe⁷, le *Dictionnaire* de Ferrière⁸, la *Collection*

⁵ Nous renvoyons en particulier à Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Jean-Michel LABADIE et Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, Tome 1, Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Larcier, Crimen, 2008, p. 38-48.

⁶ Cesare LOMBROSO (1835-1909), *L'homme criminel*, 1876.

⁷ Guy du ROUSSEAUD de LA COMBE (mort en 1749), *Traité des matières criminelles*, 1^{ère} édition, 1732 ou 1741, 6^e édition, 1769.

⁸ Claude de FERRIERE (1639-1715), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, ordonnances, coutumes et de Pratique avec les juridictions de France*, Paris, chez Briar et fils, Tome 1, 1734. L'ouvrage reprend une œuvre parue en 1684 sous le titre : *Introduction à la pratique*. Son fils Claude-Joseph de FERRIERE (1666-1747 ou 1748) a complété et refondu l'œuvre de son père.

de Denisart⁹, le *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de 1670* et le *Traité de la justice criminelle en France* de Jousse¹⁰, le *Traité* (posthume) de Pothier sur la procédure criminelle¹¹, *Les Institutes au droit criminel* ainsi que les *Lois criminelles* de Muyart de Vouglans¹² et le *Répertoire* de Guyot¹³.

A parcourir cette littérature juridique, on mesure combien l'ancien droit pénal a fait l'objet d'une grande continuité à travers les siècles, à la fois par révérence pour le passé, souvent assimilé à un âge d'or, et aussi, parce que, les mentalités de l'époque placent au premier plan, non pas les notions de prévention, de réinsertion sociale ou de resocialisation mais, à côté de l'amendement du coupable, les impératifs de la punition, celle infligée par l'Etat se substituant, non sans mal, à la vengeance privée, du châtement du coupable et de l'exemplarité de la peine, de manière à intimider les méchants pour les dissuader de passer à l'acte. C'est donc la notion d'intérêt public, d'ordre public et la préservation de la société, parfois le retranchement ou la stigmatisation physique de ses membres dangereux considérés comme perturbateurs qui constituent les priorités, avant tout autre considération.

Il n'est, pour s'en convaincre, que de rappeler les définitions que l'on trouve chez nos anciens criminalistes. Pour Ferrière, le crime est « un fait défendu par la loi qui blesse directement l'intérêt public et qui est commis par dol ». Denisart considère que le crime est « tout ce qui est fait contre la défense des lois et tout ce qui blesse l'intérêt public, soit directement, soit indirectement ». Guyot définit le crime comme « une action méchante qui blesse directement l'intérêt public ou les droits des citoyens ». A propos de la punition des crimes, Guyot poursuit : « On punit un crime tant pour empêcher le coupable d'en commettre de nouveaux, que pour contenir par la terreur des châtements ceux qui seraient disposés à se rendre criminels comme lui. On peut donc dire que la punition du crime est une vengeance publique que la loi veut qu'on tire du criminel »¹⁴. On voit donc nettement que pour nos anciens auteurs, le crime repose à la fois sur le non-respect de la loi, le dol, la violation de l'intérêt public.

Il faut également souligner, comme le relevait Adhémar Esmein que, par rapport aux ordonnances précédentes, et en particulier à celles de Blois de mars 1498 et d'août 1539 sur le fait de la justice, l'ordonnance criminelle de 1670 a été

⁹ Jean-Baptiste DENISART (1713-1765), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 3 volumes, Paris, 1754-1756, 6 volumes, 1768 en 3 volumes.

¹⁰ Daniel JOUSSE (1704-1781), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du mois d'août 1670*, Paris, 1753, *Traité de la justice criminelle*, 1771.

¹¹ Robert-Joseph POTHIER (1699-1772), *Traité de la procédure criminelle*, 1778.

¹² Pierre-François MUYART de VOUGLANS (1713-1791), *Institutes au droit criminel* (1757), *Les lois criminelles dans leur ordre naturel* (1780).

¹³ Joseph-Nicolas GUYOT (1728-1816), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Vissé, 1784-1785 en 17 volumes continué par MERLIN de DOUAL.

¹⁴ *Ibidem*, p. 172.

« plutôt bienfaisante que rigoureuse ». Jusqu'au milieu du XVIII^e siècle au moins, un certain nombre de notions, de classifications apparaissaient naturelles aux anciens juristes, héritiers d'une longue tradition qui allie la réflexion à la pratique. Elles nous surprennent, aujourd'hui par leur rigorisme à l'égard de l'accusé, eu égard à nos mentalités contemporaines, ainsi le système des preuves légales, le caractère secret des procédures, le principe des peines laissées à l'arbitrage du juge, le recours à la question, l'absence d'avocat, la non motivation des jugements ou la grande diversité des modes d'exécution de la peine de mort ou des peines corporelles.

C'est surtout le caractère spectaculaire de la justice criminelle, « l'éclat des supplices » qui retient l'attention et spécialement les peines corporelles. Dans son *Dictionnaire*, Claude-Joseph de Ferrière considère que, même si la peine capitale englobe aussi la condamnation aux galères perpétuelles ou l'exil perpétuel hors du royaume, à proprement parler, par peine capitale, on entend la peine de mort. Elle s'exécute de différentes manières : pendaison, décapitation, roue, bûcher, suivant la nature du crime dont un criminel est convaincu ou suivant la qualité des personnes car les nobles en France sont décapités, à moins que l'énormité de leur crime ne les fasse déchoir de ce privilège. La potence est la peine ordinaire du vol avec effraction ou du vol domestique. La roue est la peine de l'assassinat et des vols faits sur les grands chemins. Le feu est celle des impiétés, des sacrilèges et du poison »¹⁵. La peine non capitale est celle qui ne fait perdre ni la vie naturelle, ni la vie civile, comme la fustigation, l'amputation des mains, l'application de la marque publique sur les épaules, la condamnation au carcan, la condamnation aux galères au-dessous de dix ans ».

Traditionnellement, les personnes de condition noble ne subissent pas de peines corporelles. Si, « en crime qui mérite la mort », les nobles sont décapités et non pendus, sauf le cas des crimes atroces, ils doivent être plus sévèrement punis, selon Loyseau en matière de trahison, larcin, parjure, fausseté qui sont jugés comme des délits incompatibles avec l'état de noblesse. A l'époque moderne, on constate une plus grande indulgence à l'égard des nobles qui s'ajoute aux privilèges de compétence juridictionnelle¹⁶ et à une moindre utilisation de la question à l'égard des nobles.

Dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, Claude-Joseph de Ferrière pense que « le juge doit considérer trois choses à l'égard de la personne du criminel. La première est le sexe, car le juge doit modérer la rigueur des peines à l'égard des

¹⁵ Claude - Joseph de FERRIERE, *Dictionnaire*, *op. cit.*, p. 465-472.

¹⁶ Paul d'ARGAIGNON, *La condition juridique de la noblesse gasconne (1550-1790)*, Thèse droit sous ma direction, Université Toulouse Capitole, 2019. Se reporter également à André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit pénal (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris LGDJ, 1970, p21, note 84 ; Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, p. 269-270.

femmes, d'autant qu'elles sont de nature faibles et fragiles ». La deuxième est l'âge. « Quoique les impubères soient punissables quand ils ont délinqué, ils doivent être punis de peines moins rigoureuses quand ils sont encore dans une extrême jeunesse. La troisième est la qualité du criminel, car les personnes de basse condition sont ordinairement appliquées à des supplices plus rigoureux que celles d'une condition honnête et relevée »¹⁷.

Ferrière ajoute qu'il faut que le juge « ait toujours en vue de suivre le parti de la douceur dans les crimes légers et celui d'une sévérité modérée dans les crimes. (Il) ne doit jamais imposer une peine à un accusé qu'il ne soit entraîné à le faire par des raisons évidentes qui lui fassent voir que l'accusé est coupable. Ainsi dans le doute, non seulement il doit retenir son glaive en suspens, mais il le doit renvoyer »¹⁸.

Il est nécessaire de confronter les conceptions des criminalistes à la pratique judiciaire. A cet égard, on constate que ces peines sévères sont effectivement prononcées et exécutées, de manière publique¹⁹ comme le confirme la thèse de Claire Stivanin-Faure, consacrée à la justice criminelle des capitouls de Toulouse²⁰ dans laquelle nous puisons les exemples qui suivent. En annexe de cette thèse se trouve un tableau²¹ qui recense les crimes rapportés dans les *Annales* manuscrites des capitouls. Si l'on s'en tient à la période comprise entre l'ordonnance criminelle de 1670 et la Révolution française, l'auteur recense près de 70 cas au moins de peines de mort prononcées par les capitouls. Ces peines sont confirmées par le parlement dans au moins 38 cas, décompte qui est difficile à faire de manière exacte car on ne dispose pas toujours de l'arrêt rendu en appel par le parlement. Il faut d'ailleurs souligner que le maintien de la justice criminelle des capitouls à Toulouse se fait au prix d'un alignement de cette justice municipale sur la justice royale, d'où un taux de confirmation en appel important. De manière majoritaire, dans les cas recensés, lorsque le parlement ne confirme pas la sentence capitale des capitouls, il diminue la peine : ainsi par exemple le prononcé de la peine du fouet et les galères pour quatre ans au lieu de la pendaison pour concussion (1677), les galères perpétuelles au lieu de la décapitation pour menaces de mort et violences avec entrée par effraction et flagrant délit (1677), les galères perpétuelles au lieu de la peine de mort pour

¹⁷ Claude-Joseph de Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, *Op. cit.*, p. 465-472.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Pour Toulouse, se reporter au témoignage de Pierre BARTHES, *Les heures perdues de Pierre Barthès, répétiteur en Toulouse ou recueil des choses dignes d'être transmises à la postérité, arrivées en cette ville ou près d'icy*, manuscrit, 1737-1738.

²⁰ Claire STIVANIN – FAURE, *La justice criminelle des capitouls de Toulouse (1566-1789)*, Sous ma direction, Thèse pour le doctorat en droit, Université Toulouse Capitole, 2015. Prix Cujas de l'Institut Fédératif de la Recherche (2015) et Prix Ourliac de l'Académie de législation (2016).

²¹ *Ibidem*, p. 456 à 513. Ces tableaux précisent la source avec l'année de commission de l'infraction, le prénom et le nom du criminel, la qualification du crime, les circonstances matérielles du crime, divers éléments du crime tels que le nom de la victime, le lieu de l'infraction, la sentence des capitouls et la décision de confirmation ou d'infirmité du parlement.

vols nocturnes et recels (1696), les galères au lieu de la pendaison pour vol de jour sur grand chemin (1705), la seule mutilation du poing au lieu de la mutilation suivie de pendaison pour violence d'un mari à l'égard de son épouse (1716), le fouet et les galères perpétuelles au lieu de la pendaison pour vols (1721), l'amende honorable, fouet sur le lieu du délit, galères pour dix ans et marque GAL au lieu de la pendaison pour vol nocturne avec effraction (1732), les galères perpétuelles au lieu de la pendaison pour vol commis par un domestique, question ordinaire et extraordinaire, galères perpétuelles au lieu de rompu vif, claie, pendaison et jeté à la voirie (1742), simple pendaison au lieu de la peine de la roue pour assassinat (1770). Plus rarement, le parlement aggrave la peine : pendaison au lieu d'amende honorable et bannissement pour cinq ans pour vols et recels (1702), galères perpétuelles au lieu de galères à temps pour un attroupement de laquais contre un avocat général (1717), vol avec récidive sur des objets de faible valeur : galères perpétuelles réformées en galères pour cinq ans et marque V (1729), galères pour dix ans au lieu de bannissement pour le vol d'un cheval (1730), rompu préalablement à la pendaison et appliqué à la question au lieu de pendaison pour vol sacrilège (1734), question ordinaire et extraordinaire au lieu de simple pendaison (1743), peine de mort portant un cartel « receleur public » au lieu de galères perpétuelles (1747).

Le caractère spectaculaire de la justice criminelle s'exprime de différentes manières : le vol avec pistolet du courrier est puni de la roue devant le bureau des courriers (1676). Le supplice de la roue (vif) est encore infligé à l'auteur d'un meurtre fratricide (1730). Le vol, surtout commis avec circonstances aggravantes (vol par un domestique, vol nocturne, vol avec effraction, avec port d'armes) est puni de mort par pendaison ou roue en 1681, 1753. Des vols nocturnes et recels sont punis de peine de mort, galères perpétuelles, amende honorable et fouet (1696). Un vol d'argent et bijoux de plus de 6000 livres, commis avec effraction, est puni de pendaison (1698). Un voleur de profession et assassin est condamné à la roue vif, le cadavre découpé en deux et placé dans deux sacs jetés dans le puits des Pénitents blancs (1715). Les galères perpétuelles sont infligées à l'auteur d'un vol nocturne chez un conseiller au parlement (1754). Le vol d'habits et de linge à son maître par un domestique entraîne le prononcé de la peine de mort en 1723.

Les crimes qui présentent un caractère religieux²² sont sévèrement réprimés : un vol nocturne et sacrilège portant sur des objets sacrés est puni de pendaison et du bûcher. Une irrévérence commise par un marchand à l'égard du Saint-Sacrement est punie de l'amende honorable et amende au profit du luminaire

²² On peut se reporter à la thèse de Ludovic Azema, *La politique religieuse du parlement de Toulouse sous le règne de Louis XV*, Université Toulouse I-Capitole, 2008, Publiée par la Société française de publication de textes en histoire juridique, Collection d'histoire du droit fondée et dirigée par le Pr Antoine LECA, Série « Thèses et Travaux », N° 18, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010.

de l'église (1689). Un vol sacrilège commis par un prêtre dans la sacristie du monastère des religieuses de la Visitation est puni de l'amende honorable et du bûcher (1695). Le blasphème avec chansons impies et abominables est puni de la langue percée, pendaison et bûcher (1700). Un crime d'impiété commis dans l'église de Saint-Sernin est puni de l'amende honorable et galères perpétuelles (1702). Un vol sacrilège commis par un serrurier est puni de la pendaison précédée de la roue et question (1734).

La prostitution est punie du fouet (1668), de la pendaison, de la peine de la cage, fouet et bannissement (1683). Cette « spécialité toulousaine » ²³qui consiste à enfermer la coupable dans une cage immergée dans la Garonne est encore appliquée en 1716, en 1731 et en 1749 à deux reprises. Le maquereillage est également puni du fouet, du port du cabat en tête et du bannissement (1698). Trois maquereaux sont punis d'amende honorable et du fouet et plus de 50 femmes prostituées envoyées à la maison de force (1735), six ans d'hôpital (1750) aggravé à 10 ans par le parlement.²⁴« Surprise six mois plus tard dans l'exercice public de son infâme commerce », une prostituée récidiviste est condamnée à la promenade humiliante et à l'enfermement pour dix ans au quartier de force (1770). Une femme adultère est condamnée à la marque, rasée et à un enfermement à vie dans le quartier de force (1736). La polygamie est punie du fouet, rasée et enfermée à vie dans l'hôpital de la Grave dans le quartier des femmes débauchées, sauf à son mari l'en retirer (1703). La peine de l'amende honorable devant Saint-Etienne et Saint-Michel portant un cartel « bigame », les galères pour cinq ans et la restitution de la dot envers la dernière épouse est prononcée contre un bigame (1737).

La peine du bucher, exécutée ordinairement après pendaison, est prononcée pour faux-monnayage en 1676, pour empoisonnement commis par une fille de chambre et autres sur la personne de Me de Pradines (1689), pour infanticide par empoisonnement (1736).

Les menaces de mort et violences importantes sont punies de décapitation (1677). Le viol d'une jeune fille de 13 ou 14 ans par un homme de 70 ans est puni de la pendaison par effigie (1721). Les violences commises à l'égard d'un enfant de sept ans entraînent la pendaison (1723).

La concussion commise par un commis d'un collecteur des tailles est punie de pendaison (1677). La même peine est infligée en 1714 à l'adjudicataire de la collecte des impôts pour les années 1704 à 1706, ancien capitoul (pendaison en effigie, blanchi des tableaux et des livres de l'Histoire de l'hôtel de ville). En 1715,

²³ Claire STIVANIN-FAURE, « La peine de la cage sous l'Ancien-Régime », in Jean-Marie CARBASSE et Maïté FERRET-LESNE (dir.), *Doctrine et pratiques pénales en Europe, Actes des Journées internationales de la société d'histoire du droit, Montpellier*, 26-29 mai 2011, Faculté de droit et science politique de Montpellier, Montpellier, 2012, p. 359-374.

²⁴ Le parlement ajoute l'amende honorable et cent sols d'amende.

la peine est prononcée à l'égard du collecteur des deniers royaux de la ville et 1716 (avocat et chef du Consistoire) : pendaison (par effigie), blanchissement des portraits et 2000 livres de dommages envers la ville.

Un meurtre qualifié d'« inhumain » commis par un militaire sur un apprenti savetier est puni de pendaison avec exposition aux fourches patibulaires (1678) Toutes ces exécutions ont lieu, soit auprès du lieu de la commission de l'infraction, soit sur les principales places et lieux accoutumés de la ville : la place Saint- Georges, la place de la cathédrale Saint-Etienne, la place du Salin, située face au Parlement, les marchés de la Pierre et de La Dalbade²⁵.

Les pratiques traditionnelles, dont nous venons de donner quelques exemples toulousains, se modifient dans le second XVIIIe siècle où l'on constate une moindre utilisation des peines corporelles, dans leur prononcé comme dans leur exécution, ce qui témoigne d'une évolution des mentalités et des idées.

II-La querelle des Anciens et des Modernes :

Si l'on poursuit nos exemples toulousains, on peut constater que, passé la fin des années 1740, le nombre des condamnations à mort décline de manière importante. Claire Stivanin-Faure dénombre quatre condamnations entre 1747 et 1789 sur les 70 identifiées entre 1670 et 1789. En dépit de l'affaire Calas²⁶ (1761) qui a profondément et injustement discrédité les capitouls et le parlement de Toulouse, en raison des interventions polémiques de Voltaire²⁷, la sévérité connaît un certain recul même si elle ne disparaît pas. Ainsi, le vol d'habits au préjudice de son maître commis par un domestique est puni de la peine de mort en 1756. Le vol d'une jument est puni de dix ans de galères et de la marque en 1759. Le vol nocturne par effraction est puni de la pendaison en 1766, de même qu'un assassinat en 1770, alors que la peine de la roue avait été prononcée par les capitouls. L'escroquerie²⁸ reste sévèrement réprimée.

Pétri des idées prônées par les philosophes des Lumières, dont il revendique ouvertement être le disciple, le célèbre *Traité des délits et des peines* de Cesare Beccaria constitue un point d'orgue en la matière. Il reflète les idées qui étaient

²⁵ Ainsi en 1711, une fraude dans la vente de la viande est punie du carcan pendant trois marchés consécutifs.

²⁶ Roger MERLE, *Les grandes affaires criminelles de Toulouse*, Toulouse, Privat, 1978, p. 77-88 ; Ludovic AZEMA, La politique religieuse du parlement de Toulouse sous le règne de Louis XV, *Op. cit.*, p. 219-237.

²⁷ Voltaire, *L'affaire Calas et autres affaires*, Edition présentée, établie et annotée par Jacques Van den Heuvel, Paris, Gallimard, 1975.

²⁸ Gregory REMBLIER, *De la filouterie à l'affrontement, L'escroquerie devant le parlement de Toulouse, 1760-1790*, Université Toulouse Capitole, Mémoire pour le Master 2 en histoire du droit, 2019.

« dans l'air du temps »²⁹. Marquant une rupture avec les idées traditionnelles des criminalistes, il inaugure « un système de rationalité pénale³⁰ ». Paru en italien durant l'été 1764, le livre de Beccaria est traduit et adapté³¹ en français³² par l'abbé Morellet en février 1766, commenté par Voltaire en septembre 1766. Agé de 26 ans au moment de la publication de son ouvrage³³, Beccaria (1738-1794) est docteur en droit de l'Université de Pavie (1758) qui continue à l'honorer jusqu'à aujourd'hui³⁴, mais il ne continuera pas dans la voie juridique puisqu'il obtient une chaire d'Economie politique (1768-1770) et poursuivra ensuite une carrière dans l'administration milanaise. Il est considéré comme l'annonciateur d'un courant d'humanisation de la justice criminelle en général, et du traitement pénal des criminels dangereux en particulier. Beaucoup a été dit et écrit sur Beccaria³⁵. On a relevé notamment son souhait de voir les lois pénales fixes et interprétées strictement par le juge, son goût pour le syllogisme judiciaire et pour l'encadrement du rôle du juge³⁶ et sa crainte qu'il devienne « un tyran ». On a remarqué aussi sa condamnation de l'utilisation de la torture en matière criminelle³⁷ qu'il définit comme « une barbarie consacrée par l'usage » et « un infâme moyen de découvrir la vérité » ou encore « un monument de la barbare législation de nos pères ». On est ici très proche des développements de l'Encyclopédie³⁸, en particulier lorsque Beccaria écrit que « la torture est souvent un sûr moyen de condamner l'innocent faible et d'absoudre le scélérat robuste ». Mais, c'est le thème de la peine de mort³⁹ qui retiendra ici notre attention.

²⁹ André LAINGUI et Arlette LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Tome 2, *La procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1979, p. 128.

³⁰ Christian DEBUYST et alii, *Histoire des savoirs*, *Op. cit.*

³¹ L'abbé André Morellet a modifié l'intitulé de l'ouvrage en ajoutant le mot « Traité » et en opérant, au nom de l'ordre naturel et de l'esprit de méthode, une refonte des matières, sans en modifier le contenu. En effet, selon lui, l'ouvrage ne doit pas s'adresser qu'à des esprits philosophiques et donc doit être structuré d'une manière plus conforme au « génie de la nation et à la tournure de nos livres ». Cf Lettre de Morellet à Beccaria, in *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1965, p. 349, citée in Beccaria, *Des délits et des peines*, introduction, *Op. cit.*, p. 32.

³² D'autres traductions auront lieu en Europe : en allemand (1765), en anglais (1767), en suédois (1770), en polonais (1772), en espagnol (1774).

³³ Beccaria a reçu le soutien en matière d'argumentation juridique, des frères Verri, Alessandro et Pietro. Ce dernier a publié un commentaire critique du Traité des délits et des peines (1768). Il a subi les attaques virulentes du moine traditionaliste Vincenzo Facchinei de Corfù. Cf Beccaria, *Revue d'histoire du droit de punir*, volume 2, 2016, compte-rendu de Bruno-Martin GAY, *RHD*, 95 (4), oct.-déc. 2017, p. 605-606. Facchinei est l'auteur de *Note e osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene* (1765).

³⁴ Comme en témoigne le nom de l'une des salles de cours de l'Université.

³⁵ Plusieurs traductions contemporaines ont été rédigées, en particulier par Maurice CHEVALIER (1965), Alessandro FONTANA et Xavier TABET (2015). Cf également : Philippe AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 ; Philippe AUDEGEAN, Christian DEL VENTO, Pierre MUSITELLI et Xavier TABET, *Le bonheur du plus grand nombre, Beccaria et les Lumières*, Lyon, ENS Editions, 2017, 325 p.

³⁶ Cf le chapitre IV : De l'interprétation des lois.

³⁷ Cf le chapitre XII : De la question ou torture.

³⁸ *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des Sciences, des arts et des Métiers*, Tome XIII, Neufchastel, 1765, p. 704.

³⁹ Il faut se référer au chapitre XVI du Traité des délits et des peines, consacré à la peine de mort.

De manière générale, Beccaria est favorable à des peines modérées, destinées à faire « sur l'esprit du peuple l'impression la plus efficace et la plus durable et, en même temps, la moins cruelle sur le corps du coupable. A la recherche d'une meilleure efficacité des peines, Beccaria est amené à étudier la peine de mort dont il veut examiner si « elle est utile et juste dans un gouvernement sage. Après avoir posé le principe que la peine de mort n'est appuyée sur aucun droit du corps social, et plaidant « la cause de l'humanité », il cherche à démontrer qu'elle n'est ni utile, ni nécessaire. Il considère que cette peine n'est nécessaire que dans deux cas. Le premier cas correspond à « ces moments où une nation est sur le point de recouvrer ou de perdre sa liberté... Si un citoyen, quoique privé de sa liberté, peut encore, par ses relations et son crédit, porter quelque atteinte à la sûreté publique, si son existence peut produire une révolution dangereuse dans le gouvernement établi ». Le deuxième cas correspond au « règne tranquille des lois...lorsque la mort est le seul frein capable d'empêcher de nouveaux crimes ». Contrairement à ce qui est parfois affirmé, on voit donc que Beccaria ne peut pas être considéré comme l'initiateur du courant abolitionniste de la peine de mort. On peut ajouter que les deux cas envisagés par Beccaria correspondent à des hypothèses assez difficiles à préciser : d'un côté les procès politiques en périodes troublées. De l'autre, la nécessité soit d'éliminer un criminel dangereux pour la société, soit de rechercher l'exemplarité. Il s'agit de « critères finalement assez flottants, élastiques et vagues »⁴⁰. En dehors de ces deux cas, Beccaria condamne la peine de mort, en invoquant plusieurs arguments. Il considère que « l'expérience de tous les siècles prouve qu'elle n'a jamais arrêté des scélérats déterminés à nuire. Il ajoute que « la rigueur du châtement fait moins d'effet sur l'esprit humain que la durée de la peine. Il considère qu'elle ne remplit pas sa fonction d'exemplarité car si on envisage les sentiments qu'éprouvent ceux qui assistent à une exécution capitale, on voit, dit-il que, pour la plupart, il s'agit d'un spectacle...pour le petit nombre un objet de pitié mêlée d'indignation », ces deux sentiments occupant l'âme du spectateur bien plus que la terreur salutaire qui est le but de la peine de mort ». Il considère également que la peine de mort est « funeste à la société par les exemples de cruauté qu'elle donne aux hommes ». Il ne retient pas davantage « l'universalité de l'application de cette peine, déclarant : « approuverait-on les sacrifices humains parce qu'ils ont été généralement en usage chez tous les peuples naissants ? » Aussi bien, Beccaria propose-t-il de substituer à la peine de mort celle de l'esclavage perpétuel qui « met sous les yeux du peuple un exemple toujours subsistant et répété ». Beccaria est convaincu de la difficulté qu'il rencontrera à faire admettre son opinion en matière de peine de mort. Il

⁴⁰ Xavier MARTIN, *Beccaria, Voltaire et Napoléon ou l'étrange humanisme pénal des Lumières (1760-1810)*, L'homme des droits de l'homme, 9), Poitiers, Dominique Martin Morin, 2018, 304 p. Compte-rendu de Jean-Paul ANDRIEUX, in *RHD* 96 (4), oct-déc. 2018, p. 623-627.

déclare : « Je sais combien la faible voix d'un philosophe sera facilement étouffée par les cris tumultueux des fanatiques esclaves du préjugé. Mais le petit nombre des sages répandus sur la surface de la terre saura m'entendre ; leur cœur approuvera mes efforts ; et si, malgré tous les obstacles qui éloignent du trône, la vérité pouvait pénétrer jusqu'aux oreilles des princes, qu'ils sachent que cette vérité leur apporte les vœux secrets de l'humanité ».

Ainsi donc, avec Beccaria, dont on ne saurait contester l'importance au plan de l'évolution des idées au XVIII^e siècle, le droit criminel s'inscrivait dans une réflexion renouvelée au sein des rapports politiques entre l'Etat et le citoyen. Le juriste-philosophe donnait au droit de punir non plus une origine divine mais un fondement de morale naturelle. Beccaria jetait donc les bases d'une nouvelle politique criminelle, à travers ses principaux axiomes. En légalisant la distribution des peines, en faisant du juge l'exécuteur de la loi, en posant les principes de l'utilité et de la nécessité des peines, en contrôlant l'usage que fait l'Etat de la force, en recherchant l'adoucissement des châtiments, Beccaria « interposait entre l'Etat justicier et les justiciables un bouclier de règles juridiques »⁴¹ protectrices.

En dehors des milieux philosophiques, les idées de Beccaria ont rencontré, en leur temps, un profond scepticisme dont témoigne la majeure partie de la littérature juridique peu perméable aux idées nouvelles.

L'avocat et journaliste Simon Linguet (1736-1794) publie en 1770 une Lettre adressée à Beccaria⁴² dans laquelle, tout en reconnaissant que cet ouvrage « a été justement applaudi », il démontre que l'esclavage perpétuel serait trop coûteux pour la société. « La peine de mort est nécessaire, elle est indispensable...Elle est légitimée par le droit naturel (pour la société) de se défendre...Pour les attentats qui ébranlent la société, qui en compromettent l'existence, il faut les punir selon la loi du talion, et par conséquent, donner la mort à ceux qui les ont commis ». Diderot écrit pour sa part, dans ses notes sur le Traité de Beccaria : « C'est par ce que la vie est le plus grand de tous les biens, que chacun a consenti que la société eût le droit de l'ôter à celui qui l'ôterait aux autres...La justice de cette peine est fondée sur la convention et sur l'utilité commune...J'ai dit comment la volonté publique y avait souscrit, et comment il est naturel que les lois aient ordonné le meurtre du meurtrier ».

La figure majeure incarnant le courant traditionaliste en France demeure Muyart de Vouglans (1713-1791)⁴³. Né en Franche-Comté à la fin du règne de Louis XIV

⁴¹ Roger MERLE, La pénitence et la peine, *op. cit.*, p. 78-79.

⁴² « Fragment d'une lettre de M. Linguet à l'auteur du Traité des délits et des peines », in *Le journal économique*, avril 1770, p. 171 et suivantes. Cité in Beccaria, *Des délits et des peines*, préface de Casamayor, Paris, Champs Flammarion, 1979, p. 195-200.

⁴³ Nous résumons ici l'étude d'André LAINGUI, *Pierre-François Muyart de Vouglans ou l'Anti-Beccaria* (1713-1791), Archives de philosophie du droit, Tome 39, Le procès, Ed Sirey, 1995, p. 169-179, repris dans *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 585-586.

et issu d'une famille de magistrats, Pierre François Muyart de Vouglans devient en 1741 avocat au parlement de Paris, attaché aux matières criminelles. Il est intégré trente ans plus tard comme magistrat au parlement Maupeou. En 1774, il est transféré au Grand Conseil où il restera jusqu'à la suppression de cette institution, balayée comme les autres en 1790. En dehors de ses deux ouvrages les plus importants,⁴⁴ : il est également l'auteur de pamphlets : *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines* (1767)⁴⁵, *Lettre de l'auteur des Loix criminelles au sujet de nouveaux plans de réforme proposés en cette matière* (1781), *Lettre sur le système de l'auteur de l'Esprit des lois touchant la modération des peines* (1785), qui ont en commun d'avoir le dessein de faire barrage aux idées nouvelles exprimées par Beccaria et ses défenseurs comme Voltaire. On y trouve donc l'écho de toutes les disputes de son temps : légalité des institutions pénales, peine de mort, but et modérations des châtimens. Dans sa *Réfutation* de Beccaria et des « criminalistes modernes », Muyart de Vouglans fait part de sa surprise face à « l'apologie de l'humanité ou plutôt un plaidoyer en faveur de cette malheureuse portion du genre humain, qui en est le fléau, qui le déshonore et en est quelquefois même la destructrice ». Il dénonce les « expressions emphatiques », dresse la liste d'une « foule d'assertions dangereuses »⁴⁶ et développe trois reproches principaux.

Premier grief : la philosophie de l'auteur est suspecte, tant du point de vue moral que politique et juridique. Imprégnées explicitement des idées de Rousseau, celles de Beccaria reposent sur l'idée que le crime est la violation du pacte social et que le droit de punir n'a d'autre fondement que l'abandon par chaque citoyen de la plus petite parcelle de liberté qu'il a cédée en échange de la protection qu'il trouvera. Pour Muyart, le crime est la violation de la loi donnée par Dieu aux hommes sous deux formes : loi divine naturelle inscrite dans le cœur de tout être humain et loi positive, fruit de la Révélation. En donnant aux hommes des lois, Dieu les a rendus conscients de leurs fautes, et a permis au Prince qui porte l'épée en tant que ministre de Dieu de les punir.

Deuxième grief : les inexactitudes juridiques. Muyart évoque six erreurs : la procédure criminelle du XVIII^e siècle admettrait les accusations secrètes, rejeterait le témoignage des femmes, autoriserait les interrogatoires captieux ou les surprises que le juge peut faire à l'accusé, les autres concernant la prison préventive et la preuve des crimes.

Troisième grief : les prétendus abus de la justice criminelle. En matière de procédure sont visées le serment des accusés et la torture, discutées au moment

⁴⁴ *Les Institutes au droit criminel* (1757) et *Les loix criminelles dans leur ordre naturel* (1780).

⁴⁵ La réfutation est datée du 10 novembre 1766 et publiée au début de l'année 1767. Elle est publiée à la suite des *Loix criminelles dans leur ordre naturel*, Paris, 1780 et suivie de *Mémoire sur les peines infâmantés*.

⁴⁶ Muyart de Vouglans, *Réfutation*, *Op. cit.*, p. 812.

de la rédaction de l'ordonnance criminelle de 1670 mais maintenus au nom de l'usage que Muyart appelle « l'expérience de tous les siècles ». La torture est très encadrée et de moins en moins utilisée. En matière de peines, sont visées surtout la conception et la mesure de la peine, la peine de mort, la confiscation.

Dans son appendice aux loix criminelles intitulé : *Mémoire sur les peines infâmantés*, Muyart concèdera certaines inflexions, se hasardant même à certaines critiques à l'égard des parlements, ce qui s'explique peut-être par le contexte politique lié à la guerre d'usure que mènent les parlements contre le pouvoir royal. Il blâme la confiscation, le secret des procédures, les règles de la contumace, l'absence de motivation des décisions, la promptitude de l'exécution et même la prohibition des conseils.

Tous ces ouvrages se font donc l'écho des débats passionnés qui eurent lieu en France et en Europe dans les milieux judiciaires dans la quarantaine d'années précédant la Révolution. Ils conduisirent à une mise en cause quasi-complète de la philosophie pénale qui inspirait l'ordonnance de 1670 et à une lente évolution des mentalités jusqu'aux réformes révolutionnaires. Comme l'a bien démontré François Tricaud⁴⁷, on assiste durant cette période, à un véritable « procès de la procédure criminelle ». Entre les partisans des réformes de la procédure criminelle et les tenants des conceptions traditionnelles, le dialogue s'est avéré « impossible »⁴⁸ mais ces débats ont provoqué des évolutions importantes dont témoignent les réformes de 1780 et 1788. C'est ainsi que la Déclaration du 24 août 1780⁴⁹ prévoit l'abolition de la question préparatoire⁵⁰ qui avait été prévue « contre l'accusé d'un crime constant auquel la loi réservait la peine de mort, lorsque les indices étaient considérables contre l'accusé, la preuve ne se trouvant pas cependant être suffisante pour lui faire subir cette peine »⁵¹. Le préambule évoque les objections de magistrats « recommandables par une grande capacité et par une expérience consommée qui auraient déclaré, dans les conférences tenues préalablement à la rédaction de l'ordonnance, qu'elle leur avait toujours emblé inutile, qu'il était rare que la question préparatoire eût tiré la vérité de la bouche d'un accusé, et qu'il y avait de fortes raisons pour en supprimer l'usage. Elle fut donc maintenue par une sorte de respect pour son

⁴⁷ François TRICAUD, Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières, Archives de philosophie du droit, Tome 39, *Le procès*, Paris, Ed. Sirey, 1995, p. 145-167.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 155.

⁴⁹ *Recueil général des anciennes lois françaises* (Isambert), Paris, Belin-Leprieur, 1826, p. 373-375.

⁵⁰ L'usage de la torture est également aboli en Suède (1772), Pologne (1776), Toscane (1786), Autriche (1787), Russie (1780 et 1788). Ces références sont données par Robert BADINTER, in « Présence de Beccaria », Introduction à la traduction du *Traité des délits et des peines* par Chevalier, publiée chez Flammarion, 19991. Cité par François TRICAUD, Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières, *Op. cit.*, p. 146, note 2.

⁵¹ Article 1^{er} du titre IX de l'ordonnance criminelle de 1670.

ancienneté ». La Déclaration du 1^{er} mai 1788⁵² relative à l'ordonnance criminelle complète celle de 1780. Son préambule est imprégné des idées nouvelles, évoquant « l'humanité et la justice », « le chaos de la jurisprudence criminelle » qu'il faut « débrouiller », « le progrès des Lumières », la raison publique qui devraient conduire à réformer les lois tous les cent ans, l'appel aux Lumières et à l'opinion publique ». En conséquence de quoi il est décidé d'abolir l'usage de la sellette, puisque tout accusé est présumé innocent jusqu'au jugement définitif de condamnation, de ne plus dépouiller les accusés des vêtements distinctifs de leur état (sauf les armes), d'indiquer expressément la qualification des faits reprochés, d'exiger une majorité de trois voix au cas de condamnation à mort, de prévoir un intervalle d'un mois entre le prononcé d'une condamnation à mort et son exécution⁵³, de supprimer la question préalable remplacée par un dernier interrogatoire avant l'exécution capitale.

L'accent mis sur l'utilité sociale de la peine qui est dans la logique de la philosophie des Lumières doit être mis en relation avec l'article 8 de la Déclaration de l'homme et du citoyen qui proclame « le caractère strictement nécessaire des peines ».

Parmi les évolutions majeures, il faut ajouter que le juge qui était classiquement plutôt lié quant à la preuve et libre quant à la peine verra la situation s'inverser avec le droit pénal révolutionnaire qui, sur bien des points, prendra le contrepied des solutions traditionnelles avant que les codes napoléoniens en reviennent au moins à l'esprit des solutions anciennes jugées plus protectrices de la société qu'il était urgent de stabiliser après les turbulences révolutionnaires et qu'il était nécessaire de protéger à l'égard de comportements et de criminels dangereux pour la paix sociale dont le nouveau pouvoir napoléonien, renouant sur ce point avec les conceptions traditionnelles, devenait le protecteur naturel.

Pr Philippe Nélidoff, Doyen de la Faculté de droit et science politique de l'Université Toulouse Capitole (France).

⁵² Recueil général des anciennes lois françaises, Isambert et alii, Paris, Belin-Leprieur, 1827, p. 526-532.

⁵³ Contrairement à l'article 21 du titre XXV de l'ordonnance criminelle de 1670.

